Q. D. B. V.

LARVA LEGIS AQUILIÆ

DETRACTA
ACTIONI DE DAMNO DATO,
RECEPTÆ
IN FORIS GERMANORUM,

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DOMINO
FRIDERICO WILHELMO,
REGNI BORUSSICI HEREDE ETC. ETC.
IN REGIA FRIDERICIANA
PRÆSIDE
D·CHR ITIANO THOMASIO, JCto,
SACR. REG. MAJ. BORUSS. CONSIL. ET PROF. PUBL.
PUBLICÆ ERUDITORUM DISQUISITIONI
EXPONITUR
GAJO MATTHIA AREND,
WISMARIENSE,
D. XXVIII. APRILIS ANNI MDCCIII.
H. L. Q. C.

BIBLIOTECA NAZ.
ROMA
VITTORIO EMANUELE

HALÆ MAGDEBURGICÆ,
Typis CHRISTOPHORI SALFELDII, REGIM. REG. BORUSS. TYPOGR.
Recuſa 1730. (5)

Digitized by Google

ILLUSTRISSIMO ET EXCELLENTISSIMO
DOMINO,

DOMINO JOHANNI ROSENHANE,

SUMMI REGII TRIBUNALIS,
QUOD WISMARIÆ EST,

PRÆSIDI EMINENTISSIMO,

LIBERO BARONI DE IKALABORG,
DOMINO IN TORP, TISTAD
ET SABI ETC.

DOMINO SUO GRATIOSISSIMO,

EO, QUO DECET, SUBMISSI ANIMI
CULTU

HOCCE OBSERVANTIÆ FIDEIQUE SUÆ
MONUMENTUM OFFERT

Humillimus Cliens

GAJUS MATTHIAS AREND.

ILLU-

Digitized by Google

ILLUSTRISSIME DOMINE PRÆSES,

DOMINE GRATIOSISSIME,

INter numeroſam Clientum, ad Tuum Præſidium quotidie ſubmiſſe provocantium multitudinem comparens, quod Diſſertationem hancce ILLUSTRISSIMO TUO NOMINI conſecram, ad pedes TUOS devota mente deponere auſus fuerim, movit me inſignis animi TUI Clementia,& facile omnem, quam, vel tenuitas mea, vel munuſculi ipſius exiguitas animo meo injicere poterat, diffidentiæ formidinem diſſipavit. Hanc omnes in TE ſuſpiciunt Clementiam, & qui Ejus muneribus honorati debite venerantur, quorum pars magna Juſtitiæ attemperatam obnixe exoſculatur.

Digitized by Google

Hujus enim, uti in SUMMO REGIO TRIBUNALI lancem feliciſſime moderaris, ita & virtutem Generoſo & ſincero pectore conſervas, quam tamen longa comitum virtutum ſerie ſtipatam hic illuſtrare velle, æque fruſtraneum eſſet, ac radianti lumini lucem, & hanc quidem ex umbra velle addere. Interim, ILLUSTRISSIME DOMINE PRÆSES, non dedignare, quicquid ſincera cum pietate in ſubmiſſam Cultus, & obſequii mei erga TE teſtationem offero, & patere, ut quemadmodum TE Muſæ SUI in Germania Svecica decoris vindicem, & præſentem Protectorem compellant, ſic Ego unus, quamvis minimus ex earum alumnis TE Mæcenatem meum benigniſſimum ſemper expediri & deprædicare merear. DEUS TE ſervet, ILLUSTRISSIME DOMINE PRÆSES, dona SUA in TE, cumulatiſſima confirmet, adaugeat, æternare jubeat, ut DIVINI NUMINIS augendæ gloriæ, MAGNI & INVICTI REGIS Conſiliis, PATRIÆ ac SUMMI TRIBUNALIS emolumento, & ſplendori, multorum ſolatio, omnium voto diutiſſime ſufficias. Halæ Magdeburgicæ VIII. Id. April. M DCC III.

LARVA

LARVA
LEGIS AQUILIÆ
DETRACTA
ACTIONI DE DAMNO DATO,
RECEPTÆ
IN FORIS GERMANORUM.

§. I.

Status controverſiæ & methodus diſſertationis.

DUm larvam legis Aquiliæ detrahere volumus actioni de damno dato, qua hactenus Germani in foro uſi ſunt, non eſt animus exponere omnia, quæ ad naturam ſive actionis legis Aquiliæ, ſive actionis Germanorum de damno dato pertinent, ſed reliquis omiſſis ſaltem oſtendere, quod actio noſtra, qua utimur, ab actione legis Aquiliæ magis differat, quam avis a quadrupede, etſi communiter perſuaſum ſit & commentatoribus juris Juſtinianei & Pragmaticis, actionem noſtram eſſe actionem legis Aquiliæ. Non vero videtur commodius tractari & oſtendi poſſe aſſertio noſtra, quam ſi oſtendamus, quod jus Gentium requirat

Digitized by Google

quirat in reſtitutione damni dati? quid addiderit aut detraxerit Juri Gentium lex Aquilia? quid rurſus immutaverit jus canonicum? quid mores priſci Germanorum hac parte obſervaverint? quid hodierni? an novi quid introduxerint? Unde orti? quomodo quæſtiones inde dependentes ſint definiendæ?

Natura dictat, damnum datum eſſe reſarciendum.

§. II. Damnum, alteri a nobis datum, eſſe reſarciendum ita cordibus hominum inſcriptum eſt, ut nemo unquam, quodcunque etiam primum Juris naturæ vel Gentium principium ſuppoſuerit, ea de re dubitaverit. Poſtulat id communis tranquillitas, poſtulat æqualitas humani generis. Nemo ſibi vult damnum dari, non itaque det aliis. Quilibet vult ſibi damnum ab aliis datum reſarciri; reſarciat aliis. Suum cuique tribuendum eſt: tribuatur & damni reſtitutio. Nemo lædendus. Fruſtraneum hoc eſſet præceptum, ſi poſt læſionem non teneret læſo ad ſatisfactionem.

Etiam ex ſola negligentia datum.

§. III. Neque intereſt, ſive deliberato animo alteri damnum dem, ſive non data opera. Uti enim recte ratio dictitat, dolum meum non debere mihi prodeſſe nec alteri nocere: ita eadem eſt ratio meæ negligentiæ. Nullum eſt fundamentum, per quod alteri imputare poſſim negligentiam meam. Ergo ſi alterutri debet negligentia nocere, æquius eſt, ut mihi quam ut alteri. Multæ felicitates mihi accidunt, quas non ſum meritus, aut ad quarum acquiſitionem nihil contulit induſtria mea. Ergo æquum eſt, ut etiam feram illa, quæ accidunt abſque induſtria mea, & propoſito.

Etiam caſu.

§. IV. Quare non ſolum recta ratio ſuadet, ut damnum culpa quacunque datum æque reſarciam, ac ſi dolo idem dederim, ſed & ſi plane nulla mea culpa, verum mero caſu alteri damnum datum ſit, modo a me id fuerit datum. Æquum non ſolum, ſed & juſtum eſt, ut damnum caſu datum reſarciam. Æquum eſt, quia pium & humanum eſt, aliis, quibus etiam non a nobis damnum datum eſt, ex abundantia noſtra ſuccurrere & in ſolatium rerum amiſſarum quædam

Digitized by Google

quædam donare; quando magis iis, qui facto noſtro damnum paſſi ſunt, juſtum eſt, quia tranquillitas humani generis id poſtulat. Finge: ſum apud amicum, vitrum aliquod pretioſum adſpicio, manibus id meis circumvolvens: ex improviſo aliquid accidit, quod maximum terrorem non mihi ſaltem, ſed & domino vitri incutit; terror hic ita me occupat, ut vitrum ex manibus cadat. Quis jam damnum hoc ferre debet? Eſto: non habui intentionem vitrum frangendi, non fui negligens in ejus conſideratione: nihil mihi imputari poteſt, merus caſus eſt. Sed idem adverſus me allegabit Dominus vitri. Neque ego, inquiet, habui intentionem vitrum frangendi; nec ulla negligentia mihi imputari poteſt. Et intuitu mei merus caſus eſt. Quid ergo faciendum? an partienda ſatisfactio inter dominum rei & eum qui cauſa phyſica damni fuit? Non arbitror. Nam quicquid ſit de imputatione ex dolo & negligentia, ſufficit, quod ego damnum dederim, dominus vero ad illud nec phyſice nec moraliter concurrerit. Sufficit, quod factum meum dominus adverſus me allegare poſſit. Nam ſi vitrum non ſumſiſſem in manus, non etiam id fuiſſet fractum. Quam innocens igitur ſit curioſitas mea, mea tamen eſt, non domini vitri. Ergo juſtum, ut qui ex hac innocente curioſitate delectationem capio, etiam damnum ſentiam, etſi innocenter ſecutum.

§. V. Cum tamen in his ſimilibus caſibus, ubi nec ex propoſito, nec ex culpa aut negligentia damnum dedi, multæ eæque infinitæ poſſint intervenire circumſtantiæ; ut difficile ſit definire, quis damnum reſarcire debeat; hinc communiter dici ſolet, quod caſum ſentiat dominus. Finge: terrorem iſtum fuiſſe mihi & reliquis incuſſum per exploſionem ſclopeti; dubium eſſe: utrum alter jus explodendi habuerit, an ex petulantia id fecerit &c. Finge: concuſſione illa aëris, quasdam res, quæ ibi collocatæ erant, unde vitrum ſumſeram, ſua ſponte in terram cecidiſſe, non tamen omnes. Finge: me motu valde præcipitato januam claudere vel aperire; *Plerumque tamen caſum ſentit Dominus.*

rire;

rire; eo motu ſimul per aëris contactum feneſtram non bene clauſam & obſeratam aperiri; ſimul vero hoc motu feneſtræ quædam perdi vel frangi &c. A quo hic Dominus petet damni dati reſarcitionem: quem convincet eſſe veram cauſam (ſaltem phyſicam) damni dati? Igitur quia omnis actor jure Gentium debet id agere, ut cuilibet tertio appareat fundamentum actionis, & in moralibus idem valet, non eſſe & non apparere; leges etiam de eo fieri debent, quod non ſemel aut bis, ſed frequenter fit; non iniquum etiam eſt cenſendum, quod ſi legibus plerarumque Gentium concedatur actio de damno dato reſarciendo, adverſus eum ſaltem, qui dolo vel culpa quacunque damnum dederit, non qui caſu.

Concurſus doli & doli, culpa & culpa intuitu damnum dantis & patientis.

§. VI. Porro uti regulæ æqualitatis & humanitatis volunt, ut, ubi apertum eſt, duos doloſe ſe invicem læſiſſe, aut ſibi damnum dediſſe, ut dolus cum dolo compenſetur, & ſic uterque damnum, quod plus quam ſua culpa ſentit, ferat; ita non multum abſimilis ratio eſt, ſi concurrat culpa Domini cum culpa damnum dantis. In quo enim defectu humanæ naturæ quisque cum altero concurrit, ibi non æquum eſt, ut propter illum defectum ab altero aliquid acquirere velit. Ex hac regula æquitatis ſua ſponte fluit, quod, ſi apud negligentem in ſuis rebus amicum res meas depoſuerim, aut ei cuſtodiendas tradiderim, qui in propriis rebus cuſtodiendis non multum diligens eſt; aut quod ſi cum tali homine negligente ſocietatem iniverim; mihi imputare debeam, ſi damnum in re depoſita, vel ad ſocietatem pertinente datum fuerit, modo is tum res ſuas non melius obſervaverit, aut cuſtodierit, ubi dolus apertus vel certe ab omnibus præſumtus adeſt.

Similis concurſus utriusque ad caſum onerat Dominum.

§. VII. Itaque facile exinde cognoſcitur, quod jure Gentium, etiamſi dixerimus, eum qui caſu damnum phyſice dedit ad reparationem teneri, tamen illa aſſertio inde quoque limitationem accipiat, ſi Dominus ipſe rei ſimul cauſa vel ſaltem occaſio damni dati fuerit, v. gr. ſi amico vitrum illud pretioſum conſiderandum ipſe in manus dederit;

rit; ſi petat ab amico, ut vitrum iſtud in alto loco collocatum inde auferat, & amicus caſu de ſcamno cadat &c.

§. VIII. Porro Jure Gentium in actione de damno dato nihil probandum eſt ulterius, quam quod reus damnum dederit, utrum dolo vel negligentia id factum fuerit, non probandum eſt, quia quoad reſtitutionem damni dati hic nihil intereſt, quod vero in quæſtionem non venit, ejus probatione actor non eſt onerandus. Non obeſt, quod reus excipere poſſit, ſe nec dolo nec culpa dediſſe damnum, ſed mero caſu, adeoque hoc intuitu omnino dolus aut culpa dantis damnum veniat in quæſtionem. Præterquam enim, quod jam docuerimus, Jure Gentium regulariter obligari damnum dantem etiam in infortunio vel caſu; poſito etiam, quod tales concurrant circumſtantiæ, quæ reum a reſtitutione damni liberent, aut quod lege civili id cautum ſit, ut caſu dans damnum non conveniri efficaciter poſſit, ſufficit, quod hic præſumtionem pro ſe habeat actor, cum plerumque, & ita regulariter, damna fiant culpa dantium. Actor vero, qui præſumtionem pro ſe habet, a probatione liberatur, & quoties porro Actor ſe in regula fundat, reus in exceptione, probatio tum non actori, ſed reo ex natura rei & ſic ex Jure Gentium incumbit.

Saltem igitur hic probandum, damnum a reo datum eſſe, non, quomodo datum ſit.

§. IX. Jam vero evidens eſt, quid Jure Gentium ſentiendum ſit de eo caſu, ſi furioſus aut infans damnum dederit. Quilibet homo alteri reſarcire debet damnum, quod dedit. Excipit furioſus vel infans: ego non reſtituo, quia furioſus vel infans ſum. Quæ ratio connexionis? Atqui nec doli nec culpæ ſum capax. Capax tamen es, ut damnum dare poſſis. Furor tuus eſt: Infantia tua eſt, ergo ad te etiam pertinent omnia, quæ ex furore & infantia ſequuntur. Quæ enim ulla ratio ſuadere poteſt, ut furor & infantia tua non tibi, ſed mihi noceat. Quoties obligatio ex re venit, i. e. ex æquitate naturali, non ex contractu, neque ex delicto, toties etiam obligantur furioſi & infantes. Jure Gentium actio datur ob damnum injuria datum. Injuria vero in materia

Damnum a furioſo vel infante datum ex horum bonis reparandum eſſe.

damni dati omne denotat, quod non fit jure. Sufficit ergo, quod furioſus & infans nullum jus habeat damni mihi dandi, & ideo, quia nullum jus habet, obligatus etiam eſt ad damni a ſe dati reſtitutionem. Quid putas? furioſus & infans vult mihi damnum dare, nondum dedit: ſumne obligatus, ut patiar, damnum mihi dari? An impedire id poſſum? Poſſum utique. Sed urget furioſus. Poſſum reſiſtere, poſſum repellere, etiam verberibus, ſi opus ſit, & adhibita vi majore. Quia videlicet furioſus nullum jus habet dandi damnum, ego vero jus habeo defendendi rem meam. Ego, qui jure meo utor, furioſo non facio injuriam. Furioſus etſi furioſus, cum nullum jus habeat, injuriam mihi facit. Igitur cum poſſim furioſum, etiam cum gravi damno corpori ejus illato, repellere, cur non poſſim petere reſtitutionem damni dati ex bonis ejus?

Actionem hanc oriri non ex delicto, ſed ex æquitate, fluente ex natura Dominii.

§. X. Sequitur porro ex dictis, fontem actionis de reparatione damni Jure Gentium non magis eſſe delictum alterius, quam contractum, quia hic non conſideratur, an alter intentionem habuerit damni dandi nec ne. Delicta vero ex intentione judicantur. Unde ſæpius diximus, actionem hanc ex æquitate oriri. Ne tamen urgeas; æquitatem hanc videri cerebrinam, niſi fons ſpecialior oſtendatur, dicam, quod ſentio. Damni in re ſua dati reparationem petere ex Dominio fluit. Dum enim res jure Dominii fit propria, non ſolum Dominus de ejus rei uſu regulariter diſponere, alios pro lubitu ab eo excludere, vel ad illum admittere poteſt, ſed & rem vindicare, alienare, conſervare, defendere, & igitur de damno etiam in ea dato ſatisfactionem petere.

Unde & ſoli Domino danda, etſi dominium non ſit exacte probandum.

§. XI. Hinc & regulariter actio de damno reparando non alii danda eſt quam Domino rei, quia tamen factum alterius ſemper præſupponit, etiam Jure Gentium non ad actiones reales, ſed perſonales eſt referenda; neque etiam actor hic de probando Dominio tantopere debet eſſe ſollicitus, quia a reo ipſi de Dominio non movetur controverſia, & quando dictum fuit, Domino dari hanc actionem, id non tam

Digitized by Google

tam intuitu rei, quam tertii concurrentis intelligendum eſt, ut huic præferatur Dominus rei.

§. XII. Dum vero reparationem damni dati hic petimus, res ipſa oſtendit, nos petere id, quod nobis abeſt, i. e. æſtimationem damni dati. Unde hæc actio Jure Gentium non niſi rei perſecutoria eſt. Dum enim, ut oſtenſum a dolo vel culpa damnum dantis abſtrahitur, pœnam vero ſola delicta dolo data requirunt, certe negligentia minimi gradus, qualis tamen ab hac actione non excuſat, omnem pœnam reſpuit: qua ex ratione Dominus damnum patiens poſſet pœnam ab altero exigere? Porro dum ex Dominio fluit eadem actio, nulla ratio ſubeſt pœnam exigens. Uti enim, dum alter rem meam detinet, nihil aliud quam ſubſtantiam rei ejusque fructus vindico; ita ſi ſubſtantia rei læſa eſt, aut lucrum certum rei interceptum, nil niſi valorem rei & æſtimationem, poſtulo, & quidem, cum pretia rei varient, valorem qui fuit tempore dati, hactenus enim ſaltem mihi damnum datum fuit. *Eſtque hac actio ſolum rei perſecutoria.*

§. XIII. Cum vero heres ſecundum mores Gentium ſuccedat in omni debita defuncti, minimum eo usque quatenus ad eorum ſolutionem ſufficiunt bona defuncti; hinc Jure Gentium nullum eſt dubium, quod heredes damnum dantis teneantur etiam ad ejus reparationem. Nulla enim ratio exceptionis hic adeſt, cur non debeant obligati eſſe. *Tenentur ea etiam heredes.*

§. XIV. Quodſi etiam plures damnum dederint, id certum eſt, ſi conſtet, ad quam partem damni quis concurrerit, ſingulos non de toto damno, ſed quemque de ſua parte teneri. Quodſi non conſtet, etſi varii caſus poſſint oriri, ut ſinguli teneantur in ſolidum, quos hic diſcutere non eſt hujus loci, nullum tamen eſt dubium, quin Jure Gentium unius præſtatione reliqui liberentur, quia tum videlicet dominus rei æſtimationem quæ ipſi aberat jam habet. *In pluribus damnum dantibus unius ſolutio reliquos liberat.*

§. XV. Habes ita naturam actionis de reparatione damnorum ex Jure Gentium. Quod nullos autores hic citaverim, ægre non feres. Cum enim jus Gentium naturalis *Excuſatio, cur hactenus nulli Autores allegati.*

 ratio

ratio dictitet omnibus hominibus, & ſperemus etiam, lectores ſua ratione, non commodata aut precario rogata præditos fore, noluimus illis tanquam in re plana, tædium creare, allegatione magnorum virorum, quos alias veneramur, aut etiam nominum barbarorum, Moraliſtarum videlicet vel Italorum vel Hiſpanorum, quibus mulieres in Indiis infantes terrere ſolent.

Apud Romanos lex Aquilia præcedentibus legibus derogavit.

§. XVI. Jam videndum, quid lex Aquilia Juris Gentium diſpoſitioni addiderit, vel detraxerit. Ubi præſtabit rem ex fontibus oſtendere magis quam ex rivis Syſtematum, aut cloacis Gloſſatorum. *Lex Aquilia*, ait Ulpianus, *l. 1. ff. h. t. omnibus legibus, quæ ante ſe de damno injuria locutæ ſunt, derogavit, ſive duodecim tabulis, ſive alia quæ fuit. Quas leges nunc referre non eſt neceſſe.* Quænam fuerint illæ priſcæ leges, quibus derogaverit lex Aquilia, nec ad ſcopum noſtrum pertinet, nec poterimus etiam diſtinctius multo indagare, cum ea ignorare nos voluerit diligentia Juſtiniani. Interim, uti illud certum, quod Romani ſemper, & adeo diu ante legem Aquiliam habuerint actiones de damno dato, ita veroſimile eſt, eas magis conveniſſe cum Jure Gentium hactenus expoſito, cum lex Aquilia iis omnibus derogaverit, uti derogavit fere omnibus hactenus recenſitis Juris Gentium capitibus. Quemadmodum vero plane impertinens foret, ſi actiones illas antiquas Juris Romani de damno dato vellemus appellare actiones legis Aquiliæ antiquas, cum lex Aquilia iis derogaverit; ita æque impertinens erit, ſi quis actiones alterius Gentis ab actione legis Aquiliæ eſſentialiter diſcrepantes, velit actionem legis Aquiliæ ex eo ſolum dicere, quod in iis agatur de damno dato.

Diſpoſitio legis Aquiliæ.

§. XVII. *Lege Aquilia primo capite cavetur, ut qui ſervum ſervamve, alienum, alienamve, quadrupedem, vel pecudem, injuria occiderit: quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum æs dare Domino damnas eſto.* (GAJUS *l. 2. pr. ad L. Aquil.*) *Hujus legis ſecundum quidem capitulum in deſuetudinem abiit. Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: Cæterarum rerum præter hominem & pe-*

& pecudem occiſos, ſi quis alteri damnum faxit, quod uſſerit, fregerit, ruperit injuria: quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnas eſto (ULPIANUS *l. 27. §. 4. & 5. ff. eod.*) *Hæc verba: quanti in triginta diebus proximis fuit, etſi non habent plurimi, ſic tamen eſſe accipienda conſtat.* (ULPIANUS *l. 29. §. fin. ff. eod.*)

§. XVIII. Jam in confeſſo apud omnes eſt, quod lex Aquilia in eo a Jure Gentium receſſerit, quod non voluerit ſimplicem damni dati æſtimationem domino reſtitui, quanti videlicet res fuerit tempore damni dati, ſed quanti plurimi retro fuerit vel in anno, quando mancipium aut quadrupes fuerint occiſæ, vel in menſe ſeu proximis triginta diebus, in reliquis damnorum ſpeciebus. Et in hoc conſiſtit formalis & eſſentialis ratio legis Aquiliæ. Quemadmodum vero ratio differentiæ inter primum & tertium caput; & cur diverſæ præſtationes ibi fuerint injunctæ, fore non difficulter dari poſſet; Ita non diffitendum eſt, longe difficilius eſt, genuinam rationem invenire, quæ moverit Aquilium, ut plus quam damni revera dati reparationem, injunxerit damnum dantibus. Divinatoribus hic nobis eſſe non licet, nec ad ſcopum noſtrum pertinet. Circumſtantiis tamen omnibus probe expenſis nil convenientius dici poterit, quam duram quidem eſſe legem, ita tamen ſcriptam. *Quatenus ea a Jure Gentium receſſit, pertinet ad leges duras.*

§. XIX. Quodſi Aquilius dolum eorum, qui damna dederunt, coërcere voluiſſet, res nullum haberet dubium; At cum hic a dolo abſtrahatur, & æque actio legis Aquiliæ detur, ſi vel minima negligentia damnum fuerit datum, & quoad hanc circumſtantiam requiſita juris Gentium *ſupra §. 2. & 3.* annotata, intempeſtive fuerint retenta, in occulto adhuc manet æquitas legis Aquiliæ. *Injuriam* (inquit ULPIANUS *l. 5. §. 1. h. t.*) *hic accipere nos oportet: non quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quandam: ſed quod non jure factum eſt, hoc eſt, contra jus, id eſt, ſi culpa quis occiderit, & ideo interdum utraque actio concurrit, & legis Aquiliæ & injuriarum. Sed duæ erunt æſtimationes, alia damni, alia contumeliæ.* *Quia eadem pœna coërcet dolum & negligentiam minimam.*

 Igitur

Digitized by Google

Igitur injuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo, qui nocere noluit. PAULUS (*l. 30. §. 3. eod.*) *In hac quoque actione, quæ ex hoc capitulo* (tertio) *oritur, dolus & culpa punitur.* Rurſus ULPIANUS (*l. 44. pr. eod.*) *In lege Aquilia & leviſſima culpa venit.*

L. Aquilia actionem locum non habere, ſi damnum per talem negligentiam, quæ intuitu contractus non imputatur.

§. XX. Porro uti & in eo Lex Aquilia non receſſit a Jure Gentium, quod ſoli Domino voluerit actionem dari, *l. 11. §. 6. eodem* (*confer ſupra §. 11.*) ita & ſimiliter verius eſt, ſi quis in re, quam ex contractu penes ſe habet, damnum non ea culpa dederit, quam ex natura contractu præſtare tenetur, non ſolum ceſſare actionem ex contractu, ſed etiam actionem Legis Aquiliæ, quia videlicet hic culpa Domini concurrit per dicta ſuperius §. 6. & quia contradictionem involveret, ad diligentiam aliquem ex contractu non teneri, ne quidem ad ſimplicem rei æſtimationem præſtandam, & tamen ex lege Aquilia teneri ad duriorem æſtimationem ILLUSTRIS DN. STRYKE *in Uſu Moderno ad tit. de L. Aquil. §. 14. & in tractatu de action. inveſtig. Sect. I. membr. 10. §. 28.* Unde facile ſatisfieri poterit rationibus diſſentientium; quod lex Aquilia non ſit ſubſidiarium remedium uti actio doli, ſed ordinarium, & contractus interveniens non poſſit majorem delinquendi licentiam tribuere contrahentibus, quam aliis. Neque enim ſequitur: actio legis Aquiliæ remedium ordinarium, ergo contrahentes ea poſſunt conveniri. Et quia in Lege Aquilia non opus eſt ulla probatione doli vel culpæ ab altero commiſſæ, ac culpa etiam delictum non conſtituit, hinc etiam non poteſt inferri ex ſententia noſtra, quod hoc pacto contrahentibus major delinquendi licentia ſuppeditetur.

Dubium: an actio L. Aquilia pœnalis ſit, an rei perſecutoria, an mixta.

§. XXI. Jam cum Lex Aquilia reum condemnaverit quidem in rei æſtimationem, ſed *quanti retro plurimi fuerit*, quod ſatis irregulare & durum fuiſſe oſtendimus; peperit hæc capitalis irregularitas alias plures. Incertum enim erat & valde dubium, an hæc actio debeat annumerari actionibus rei perſecutoriis? quia ſimplex rei æſtimatio peritur; an pœnalibus

nalibus

Digitized by Google

nalibus? quia petitur non veri damni reſtitutio, ſed reus condemnatur in majus, quanti ſcilicet res retro fuerit; an mixtis? quia tamen hæc condemnatio continebat in ſe reſtitutionem veri pretii. Quemadmodum ergo JCti veteres facile inter ſe diſſentiebant, utpote variis ſectis dediti; ita nullum eſt dubium, diſſenſiſſe & in hac quæſtione. ULPIANUS eam pro pœnali habet *l. 11. §. 2. l. 23. §. 8. h. t.* Et hujus ſententiam JUSTINIANUS recepit in Pandectis, an recte? jam non diſputo. Nec diſputo, an eum intellexerit? Ulpianum enim habuiſſe actionem L. Aquiliæ pro mere pœnali docebunt ſequentia. Contra Juſtinianus habuit pro actione mixta *in Inſtit. §. 19. de actionibus.*

§. XXII. Referamus ſaltem rationes, quæ pro ſententia Ulpiani afferri poſſunt. Eas ſuppeditat Dn. SCHILTER *Exerc. ad Pand. 19. th. 47.* *Atque*, inquit, *cum & ſimplicem pœnam contineat, ideo creditum eſt, ait Juſtinianus §. 9. J. h. t. pœnalem eſſe hujus legis actionem, quia non ſolum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, ſed aliquando longe pluris. Ideoque conſtat, in heredem eam actionem non tranſire, quæ tranſitura fuiſſet, ſi ultra damnum nunquam lis æſtimaretur. Nec errare nos faciet, quod aliquando pluris obligari quis dicitur: nam illud non ea intentione dictum accipi debet, quaſi hanc naturalem aptitudinem pluris obligandi non haberet perpetuam;* Schneidewin. I. h. t. §. his autem verbis. Treutl. 1. 18. 10. H. Piſtor. l. qu. 27. *ſed duntaxat externum illius effectum, atque eventum perſecutionis reſpicio, non eſſentiam & naturam obligationis, quam ſi attendimus, verum eſt, regulariter & ſemper obligari reum in id, quanti plurimi in eo anno fuerit, non quanti tempore dati damni eſt: quod ſi accidit, ut æſtimatio maxima in tempus damni dati incidat, id accidentale quid eſt, nec alterat eſſentiam obligationis & actionis. Atque huc facit, quod, ut Hottomannus arbitratur, Tullius appellet hanc plurimi æſtimationem MULCTAM L. AQUILIÆ, cum in Bruto ait: atque eodem tempore accuſator de plebe L. Cæſidenus fuit, quem ego audivi jam ſenem, cum ab L. Sabelio mulctam Lege Aquilia de juſtitia petiviſſet. Ubi pro*

Rationes, quod ſit pœnalis, ſed parum ſufficientes.

de

de juſtitia vult legi damni injuria. Noluimus autem prolixe examinare has rationes pro ſententia Ulpianea allatas. Nam ut reliqua taceam, quilibet videt, quod probent ſaltem, actionem Legis Aquiliæ non eſſe unquam mere rei perſecutoriam, non vero probant, quod ſit pure pœnalis, ut voluit Ulpianus.

Paulum habuiſſe actionem L. Aquilia pro rei perſecutoria & Ulpiano contradixiſſe.

§. XXIII. Quamvis vero Juſtinianus ſub titulo de Lege Aquilia ſaltem Ulpiani ſententiam retulerit, actionem hanc pro pœnali habentis, reliquorum ex diverſis Sectis aliter ſentientium omiſerit, alibi tamen incaute retulit etiam ſententiam eorum, qui pro rei perſecutoria habuerunt, inter quos fuit evidenter PAULUS, cujus doctrinam excerpſit Tribonianus *in titulo pro ſocio. Poſtquam enim* ULPIANUS *l. 47. §. 1. ff. pro ſocio* dixiſſet, *ſocium ſi damnum in re communi dederit, Aquilia teneri ſecundum opinionem Celſi, Juliani & Pomponii;* additur ſtatim *in l. 48.* ex Paulo, *quod nihilominus & pro ſocio teneatur,* & *in l. 50.* continuatur: *Sed actione pro ſocio conſequitur, ut altera actione contentus eſſe debeat, quia utraque actio ad rei perſecutionem reſpicit, non, ut furti, ad pœnam duntaxat.* Ex eadem hypotheſi PAULI eſt *lex 18. ff. h. t.* etſi hic ſententiæ de natura actionis nulla fiat mentio. *Sed etſi is,* inquit, *qui pignori ſervum accepit, occidit eum, vel vulneravit, lege Aquilia & pignoratitia conveniri poteſt. Sed alterutra contentus eſſe debebit actor.* Habes igitur hic novum exemplum antinomiæ in Jure Juſtinianeo. Scio equidem, quod DN. SCHILTER *de Exerc. 19. ad Pand. th. 43.* conciliare velit Paulum cum Ulpiano, quod videlicet Paulus non excludat pœnam. Quomadmodum vero ea conciliatio fundata videtur *in d. l. 50. pro ſocio* verbis: *non, ut furti ad pœnam duntaxat;* ita rurſus conjectura altera fortior eſt, quod Paulus in *d. l. 50.* & *d. l. 18.* actionem legis Aquiliæ pro mere rei perſecutoria habuerit, quia Paulus ſtatuit, actionem ex contractu & actionem legis Aquiliæ unam alteram tollere. Si enim legis Aquiliæ actionem habuiſſet pro mixta, dixiſſet, quod actionem ex Lege Aquilia actio pro ſocio vel pignoratitia tollat, niſi quatenus illa pinguior eſt, & pœnam quoque continet. Sed etiamſi demus, Paulum habuiſſe

actio-

actionem legis Aquiliæ pro mixta, (quod tamen per dicta non videtur) maneret tamen contradictio, quia Ulpianus eam habuit pro mere pœnali, quemadmodum præter hactenus dicta, id latius patebit ex ſequentibus.

§. XXIV. Quæritur enim, an actio L. Aquiliæ in heredes detur? Si Paulus reſpondere debuiſſet, reſpondiſſet haud dubio dari, cum ſit rei perſecutoria. Imperator vero JUSTINIANUS reſpondit in *§. 9. Inſtit. h. t.* eam contra heredes non dari, cum ſit pœnalis. *Conſ. ſupra §. 22.* Eaque in re iterum ſecutus eſt ULPIANUM *l. 23. §. 8. h. t.* *Hanc actionem & heredi ceteriſque ſucceſſoribus dari conſtat, ſed in heredem vel cæteros hæc actio non dabitur, cum ſit pœnalis; niſi forte ex damno locupletior heres factus ſit.* Quodſi enim Ulpianus pro mixta habuiſſet, non dixiſſet; cum ſit pœnalis, ſed: cum pœnam quoque contineat, vel quid ſimile. *Actionem L. Aquiliæ tanquam pœnalem non dari contra heredes.*

§. XXV. Clarius id patet ex quæſtione altera, quomodo plures teneantur, qui damnum dederunt, & an videlicet unius ſolutione liberentur reliqui. Tractat eam ULPIANUS *l. 11. §. 2. h. t.* *Sed ſi plures ſervum percuſſerint: utrum omnes, quaſi occiderint, teneantur, videamus: & ſi quidem apparet, cujus ictu perierit ille, quaſi occiderit, tenetur. Quodſi non apparet; omnes, quaſi occiderint, teneri, Julianus ait. Et ſi cum uno agatur, cæteri non liberantur. Nam ex Lege Aquilia, quod alius præſtitit, alium non relevat, cum ſit pœna.* Si habuiſſet pro mixta actione, iterum non dixiſſet, cum ſit pœna, ſed: quatenus huic actioni ineſt pœna. Paulus ex ſua hypotheſi contra reſpondiſſet, unius ſolutione reliquos liberari, cum actio legis Aquiliæ rei perſecutionem contineat. *Plures ſi damnum dederint, unius ſolutione reliquos non liberari.*

§. XXVI. Venio ad quæſtionem de furioſo damnum dante. Eum Jure Gentium teneri ad reparationem damni, inſupra probavimus §. 9. Contra ULPIANUS, poſtquam *l. 5. §. 1. h. t.* monuiſſet *per damnum injuria datum hic intelligi, quod non jure factum eſt*, i. e. dolo vel culpa datum; ſubjungit. *§. 2. Et ideo quærimus, ſi furioſus damnum dederit, an legis Aquiliæ actio ſit, & Pegaſus negavit. Quæ enim in eo culpa ſit; cum ſuæ mentis* *Adverſus furioſos & infantes actionem legis Aquiliæ non dari.*

non ſit? & hoc veriſſimum. Ceſſabit igitur Aquilia Actio. Quemadmodum ſi quadrupes damnum dederit, Aquilia ceſſat: aut ſi tegula ceciderit, ſed & ſi infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodſi impubes id fecerit, Labeo ait, qui furti tenetur, teneri & Aquilia eum. Et puto verum, ſi ſit jam injuriæ capax.

Nec meliorem hic rationem dari poſſe, quam quia pœnalis eſt.

§. XXVII. Quod vero rationem Ulpiani attinet, ideo non dari in furioſum Legis Aquiliæ actionem, quod furioſus nec doli, nec culpæ ſit capax, ea ex ſupra dictis impugnari poteſt. Si enim damnum injuria datum, eſt damnum, quod non jure fit, non videtur furioſus aut infans liberari ab actione Legis Aquiliæ, quia & damnum ab his datum non fit jure: nullum enim jus habent furioſus aut infans damnum dandi. Melius itaque feciſſet Ulpianus, ſi & hic hypotheſin ſuam ſequens dixiſſet, quia actio Legis Aquiliæ pœnalis eſt. Pœna enim haud dubie non cadit in furioſum & infantem.

Comparatio furioſi cum quadrupede quatenus hic procedat.

§. XXVIII. Illuſtrantur dicta exinde, quod Ulpianus *d. l. 5. §. 2.* furioſum & infantem damnum dantes comparet cum damno a quadrupedibus dato, ubi etiam ceſſet actio Legis Aquiliæ. Quodſi enim habuiſſet actionem Legis Aquiliæ pro rei perſecutoria vel mixta, non valeret multum hæc comparatio, quia ob damnum a quadrupede datum datur peculiaris actio rei perſecutoria *t. t. ſi quadrupes*. Deberet ergo ſimiliter dari actio aliqua de damno, vel ſi mavis, pauperie a furioſo datis. Sed cum actio Legis Aquiliæ pro pœnali fuerit habita, actio vero, ſi quadrupes pauperiem feciſſe dicatur ad furioſum non quadret, (*vide* JOH. THOMÆ *de noxia animal. c. 2. n. 11.* ILLUSTR. DN. STRYKE *in Uſu mod. ad tit. ſi quadrupes §. 1.*) hinc non potuerunt interpretes Juris Romani ſalvis ſuis principiis ullam actionem hic concedere. DN. STRYKE *d. l. §. 2.*

Unde etiam dicitur ex delicto oriri.

§. XXIX. Quare & in eo abit a Jure Gentium actio Legis Aquiliæ, quod cum actio Juris Gentium de damno reparando non ex delicto oriatur, ſed ex æquitate *vid. §. 10.* actio Legis Aquiliæ ab interpretibus, qui eam pro pœnali habuerunt, non potuit non etiam pro actione ex delicto haberi.

beri. Idque diſerte aſſerit JUSTINIANUS *pr. Inſtit. de Obl. quæ ex delicto naſc.* ſecutus ea in re CAJUM *l. 4. de O. & A.*

§. XXX. Denique id Jure Gentium ſuperaddidit Lex Aquilia, ut cum illo Jure perpetuo in ſimplum directa ſit actio de reparandis damnis; lege Aquilia cautum fuerit, ut adverſus inficiantem in duplum actio detur, ULPIANUS *l. 2. §. 1.* adverſus confitentem in ſimplum. Idem *l. 23. §. 10. hic.* Nihil tamen hic duri aut iniqui ſubeſt, uti in primaria diſpoſitione Legis Aquiliæ. Cum enim probatio damni dati ſæpe ſit difficilis, metu hoc negantes, ſe damnum dediſſe, reos adigere voluit Lex Aquilia ad confeſſionem, ut actores hac parte aliquo modo ſublevaret. *Actio Legis Aquiliæ datur adverſus inficiantes in duplum.*

§. XXXI. Pergo ad Jus Canonicum. Etſi hoc non diſerte quicquam abrogaverit & nominatim de actione Legis Aquiliæ, ſunt tamen quidam textus, ex quibus interpretes communiter formarunt propoſitiones, doctrinæ Juris Romani de actioni Legis Aquiliæ contrarias. Videamus ipſos textus. Ex EUSEBIO PAPA refertur, *can. in legibus cap. 12. qu. 2.* quod res Eccleſiæ ſurripiens debeat cum pœna multiplicationis eam reſtituere. *In legibus ſeculi*, inquit Papa, *cautum habetur* (*qui rem ſurripit alienam, illi, cujus res direpta eſt, in undecuplum, quæ ſublata ſunt, reſtituat.*) *Et in lege divina legitur* (*maledictus omnis, qui transfert terminos proximi ſui: & dicet omnis populus, Amen.*) *Talia ergo non præſumantur absque ultione, nec exerceantur absque ſua damnatione. Proinde ſi quis Eccleſiaſticas oblationes, & quod DEO conſecratum eſt, rapuerit, vel conſenſerit facientibus, ut ſacrilegus dijudicetur, & damnum in quadruplum reſtituat, & canonice pœniteat.* Contra tamen ſcripſit GREGORIUS *in canone ſtatim ſubſequente. Fraternitas tua ex perſona furis penſare poteſt, qualiter valeat corrigi. Sunt enim quidam, qui habentes ſubſidia furtum perpetrant: & ſunt alii, qui hac in re ex inopia delinquunt. Unde neceſſe eſt, ut quidam damnis, quidam vero verberibus & quidam diſtrictius, quidam vero lenius corrigantur. Et cum paulo diſtrictius agetur, ex charitate agendum eſt, & non ex furore: quia ipſi hoc præſtatur, qui corrigitur, ne ge-* *Jure Canonico damnum dans ultra veram damni reſtitutionem non tenetur can. fraternitas C. 12. q. 2.*

hennæ ignibus tradatur. Et infra. Addis etiam an pro augmento ea, quæ furto de Eccleſiis abſtulerunt, reddere debeant. Sed abſit, ut Eccleſia cum augmento recipiat, quod de terrenis rebus uidetur amittere; & lucra damnis quærat. GRATIANUS, utpote, qui Concordiam diſcordantium Canonum ſcribere voluit, hæc duo ſic conciliat, *quod illud Euſebii de Legum ſeveritate, illud Gregorii de Eccleſiaſtica manſuetudine debeat intelligi.* Id certe conſtat, Gregorium noluiſſe, ab iis etiam, qui dolo malo damnum dederunt, plus repeti, quam veram damni reſtitutionem.

Eodem jure actio de damno dato datur contra heredes can 3. C. 16. q. 6.

§. XXXII. Affinis præcedenti eſt *canon ſi Epiſcopum 3. C. 16. q. 6.* decerptus ex GREGORII epiſtolis. *Si Epiſcopum,* inquit, *talem culpam admiſiſſe conſtiterit (quod abſit) ut conſtet eum non irrationabiliter fuiſſe depoſitum, eadem ejus depoſitio confirmetur, & Eccleſiæ res ſuæ omnes reſtituantur, quæ ablatæ claruerint: quia delictum perſonæ in damnum Eccleſiæ non eſt convertendum. Si enim, ut dicunt, Comitiolus defunctus eſt, ab herede ejus, quæ injuſte ab illo ablata ſunt, ſine excuſatione reddantur.* Igitur Jure Canonico tenentur heredes etiam, defuncti damnum ab hoc datum reparare.

Et cap. ult. X. de Sepulturis.

§. XXXIII. Neque ſolum talia inculcantur in decreto, ſed & Epiſtolæ decretales idem ſentiunt. *Parochiano duo,* ita ſcripſit GREGORIUS IX. cuidam Epiſcopo, *cap. ult. X. de ſepulturis, qui excommunicatus pro manifeſtis exceſſibus, videlicet homicidio, incendio, violenta manuum injectione in perſonas Eccleſiaſticas, Eccleſiarum violatione vel inceſtu fuit, dum ageret in extremis, per Presbyterum ſuum juxta formã Eccleſiæ abſolutus, non debent cœmiterium & alia Eccleſiæ ſuffragia denegari. Sed ejus heredes & propinqui, ad quos bona pervenerunt ipſius, ut pro eodem ſatisfaciant, cenſura ſunt Eccleſiaſtica compellendi.*

Non tamen ultra vires hereditatis cap. 5. X. de raptoribus.

§. XXXIV. Non tamen tenentur heredes Jure Canonico ultra damnum datum, quid pœnæ loco ſolvere, ut qui ne quidem eo Jure tenentur ultra vires hereditatis. Ita enim reſcripſit ALEXANDER III. Claremontenſi Epiſcopo *cap. 5. X. de Raptoribus. In literis tuis continebatur, quod cum H. multis fuiſſet criminibus irretitus, qui Eccleſiarum incendium diabolo inſti-*

Digitized by Google

inſtigante commiſerat, tandem in ægritudine conſtitutus, accepta pœnitentia de commiſſis, per manum capellani ſui fuit a ſententia anathematis abſolutus: ſed moriens Eccleſiaſticam ſepulturam habere nequiuit. Quapropter ſi ita res ſe habet, mandamus, ut corpus ejusdem, adpell. ceſſ. facias in cœmiterio ſepeliri, & heredes ejus moneas & compellas, ut his, quibus ille per incendium, uel alio modo damna contra juſtitiam irrogaverat, juxta facultates ſuas condigne ſatisfaciant, ut ſi a peccato valeat liberari.

Igitur Jure Canonico heredes, tenentur generaliter ad reſtitutionem damni per dolum defuncti dati.

§. XXXV. Fateor quidem allegatos textus de actione damni ob culpam dati non ſpecialiter loqui, ſed ubique memorari homicidia, furta, rapinas, incendia: id tamen exinde generaliter a Doctoribus infertur: Jure Canonico heredes defuncti teneri ex delicto defuncti, quod Jure Civili ſecus erat. Malo recitare hic verba EMERICI DE ROSBACH *de comparatione Juris Ciuilis & Canonici lib. 3. tit. 25. comp. 4. De Jure Civili,* inquit, *heres ex delicto defuncti non poteſt conveniri, neque tenetur, niſi quatenus ad eum ex delicto pervenit: vel niſi lis cum defuncto conteſtata ſit,* l. poſt litis conteſtationem C. ſi ex delict. defunct. *De Jure vero Canonico heres ex maleficio defuncti, cujus bona percipit, licet ex maleficio ad eum nihil pervenit, tenetur,* c. ſi Epiſcopum 3. Cauſ. 16. q. 6. & ibi gloſſ. in verb. reddantur. c. tua nos, de uſur. c. ult. de Sepult. c. in literis, de raptor. *Ratio, quia delictum perſonæ in damnum Eccleſiæ converti non debet,* text. in d. l. ſi epiſcopum, *& ut defunctus per reſtitutionem damni dati a peccato valeat liberari,* text. in d. c. in literis in fin. *Non tamen heredes ultra facultates vel vires hereditatis defuncti malefactoris tenentur,* text. & gloſſ. in d. c. in literis, *ſi inventarium fecerint,* ut dicit gloſſ. in d. c. in literis in verb. juxta facultates, per l. ſancimus, §. ſin autem, & §. ſeq. C. de jure deliberandi.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Et multo magis ſi damnum culpa defuncti datum ſit.

§. XXXVI. Quodſi igitur æquitas Juris Canonici heredes defuncti voluit teneri ad reſtitutionem damni, quod dolo malo defuncti datum eſt; de quo major erat dubitandi ratio, multo magis tenebuntur ad reſarcitionem, ſi non ex delicto vero teneatur defunctus, ſed ex mera æquitate, vel

Digitized by Google

uti ſi culpa, etiam levisſima damnum dederit: unde hanc diſpoſitionem Juris Canonici non inſulſe ad Legis Aquiliæ actionem Romanam applicuit CYPRIANUS REGNERUS *in cenſura Belgica ad inſtitutiones h. t. §. 9.*

Notatur Cl. Bœkelmannus.

§. XXXVII. Miror adeo, quod Clariſſimus BOEKELMANNUS *in differentiis Juris Civilis & Canonici Cap. 44.* aſſeruerit, in doctrina de damno injuria dato nullam occurrere differentiam alicujus momenti, cum tamen hactenus dicta contrarium oſtendant. Miror etiam, cur *in cap. ſeq. 45. n. 2.* ſcripſerit: *Jure Canonico actio injuriarum datur heredi & in heredem* c. in literis 5. X. de rapt. *Ratio: quia Jus Canonicum credit, animas defunctorum puniri in Purgatorio, donec pro peccato ſatisfiat.* Etenim Jus Canonicum in *d. Cap. 5.* plane de actione injuriarum non agit, nec eo applicari poterit, cum actio injuriarum quanta quanta eſt, non ſit rei perſecutoria, ſed pure pœnalis & meram vindictam ſapiat, textus vero adductus Juris Canonici loquatur de actionibus rei perſecutoriis.

Leges antiquæ Germanorum de reſtitutione damni dati non conveniunt cum L. Aquilia.

§. XXXVIII. Mores Germaniæ quod concernit, ante omnia ſeparandi ſunt mores antiqui a novioribus. Illos, quod attinet, prolixi hic eſſe nolumus, cum eos ſatis jam expoſuerit Celeberrimus SCHILTERUS *Exerc. ad Pand. XIX. th. 52. 53. 54. 55.* ubi potiſſimas Leges Wiſigothorum, Burgundionum, Alemannorum, Baivariorum, Ripuariorum, Saxonum, Friſonum, Longobardorum hoc pertinentes excerpſit, ex quibus omnibus patet, regulariter ab omnibus hiſce populis petitam fuiſſe ſimplicem rei æſtimationem, addita ſaltem quandoque pœna, eaque legibus determinata, ſi dolo damnum quis dederit; quod plane abit a natura actionis Legis Aquiliæ.

Capitula ſpeculi Svevici de damnorum reſtitutione.

§. XXXIX. Videamus paulo diſtinctius mores Germanorum paululum propiores temporibus noſtris, quos non melius poterimus cognoſcere, quam ex ſpeculis Juris Svevici & Saxonici, utpote in quibus collecti ſunt mores totius Juris Germanici. Ex ſpeculo Svevico huc pertinet Landr. *cap.* 228.

Digitized by Google

228. (Sed. Edit. Goldaſti in Reichs-Satzungen. Und iſt, daß ein Mann ein Baum zu Wald hauet dem Weg ſo nahen, daß er uff den Weg fallen mag, ſchlecht der Baum ein Menſchen zu tod, man ſoll ihm das Haupt abſchlahen; ſchlecht er ein Vieh zu tod, er ſoll es gelten, als es werth was, und dem Richter wetten ein Fräffel. Item *cap. 233.* Ein ieglich Mann ſoll gelten den Schaden, der von ſeinen Schulden geſchicht mit geſchicht (SCHILTERUS *de Exercit. 19. §. 56.* notat legendum mit Geſchichte i. e. Geſchütte cum projectu terræ, cum fontes & foveæ effodiuntur aut cellæ.) Der Brunnen oder Gruben gräbet, der ſoll ſie bewahren und verbrücken, als hoch ob der Erden, daß es einen Mann gang über ſein Knie. Thut er das nicht, was Schaden darvon geſchicht, den ſoll er gelten. Wer ein Keller oder ein andere Grub grabet, der ſoll ſie ohn ander Leut Schaden machen, und ſoll ſie nicht fürbaß in die Straſſe ſetzen, wann ſyben Schuh. Item *cap. 354.* Und hat ein Mann ein ſchlahendes Pferd, und wußt das wohl. Wann er drauff ſitz, ſo ſoll er die Leut heiſſen von ihm gan, und ſoll von den Leuten reuten. Und thut er das nicht, welchen Schaden es thut, er ſoll ihn gelten. Thut aber er, als hievor geſprochen iſt, ſo giltet er nicht. Porro *cap. 363. 364.* Wer einen Leythund ſtilt oder zu tod ſchlecht, der ſoll ſeinem Herren, des der Hund was, einen andern als guten geben, als jener was, und ſoll ihm ſechs Schilling darzu geben. Wer einen Hund ſtilet, der einen treibhund heiſſet, er ſoll dem Herren als guten wieder geben und drey Schilling darzu. Sequente *cap. 365.* idem diſponitur, ſi quis occidat einen Spürhund, Byberhund, Windhund, Wachtelhund ꝛc. niſi quod pro ſingulis hiſce generibus pœna variet. Tum ſequitur in *capit. 366.* Und iſt, daß ein Hund einen Mann anlauffet und ihm in ſein Gewand beiſſet, oder in ſein bloſſe Haut, wo das an ſeinem Lybe iſt, und wehret er ſich, und ſchlecht ihm zu todte, er ſoll ihm einen als guten wieder geben, als jener was, und einen Pfenning und nicht mehr. Es ſoll aber jener, deß der Hund was, jenem ſeinem Schaden halber obliegen, oder er ſoll ihm des Hundes nicht gelten, und

ſoll auch dem Richter nit büſſen. Item *cap. 367.* Und iſt, daß ein Mann einen Hund wundet, daß er lahm wird an den Beinen, und iſt niemand nütze, ſo ſoll er ihm haben den lahmen Hund, und ſoll ienem einen alß guten Hund wieder geben, als jener was, und viel Pfenning darzu, alß davor geſchrieben iſt. Confer. & *cap. 368. 369.* quæ diſponunt de Accipitribus & Falconibus furto ablatis & occiſis ſimili modo.

Capitula Speculi Saxonici.

§. XL. Ex Speculo Saxonico ejusque jure provinciali huc pertinent *lib. 2. art. 38.* Der Mann ſoll gelten den Schaden, der von ſeiner Verwahrloſung wegen andern Leuten geſchiehet, es ſey von Feuer oder Waſſer (Brunnen) das er nicht bewirckt hat eines Knies hoch über der Erden. *Art. 39.* Welch wegfertiger Mann Korne auf dem Felde fretzet, und den mit ſich nirgend hinführet, der gilt den Schaden nach ſeinen Würden. *Lib. 2. art. 46.* Wer beſäet Land eines andern Mannes anderweit eeret, der ſoll ihm den Schaden gelten als recht iſt, und ihm darzu ſein Buß geben. *Art. 47.* Wer ſein Vieh auf eines andern Mannes Korn treibet, oder auf ſein Graß, der ſoll ihm gelten den Schaden auf Recht und darzu die That verbüßen mit dreyen Schillingen. *Art. 48.* Leſſet ein Mann ſein Korn drauſſen ſtehen, als andre Leut ihr Korn ein haben geführet, wird es ihm gefretzet oder abgetreten, man gilt es ihm nicht. *Art. 62.* Schlegt ein Mann einen Hundt zu todt oder einen Beeren oder ein ander Thier, indem als es ihm Schaden will thun, er bleibet es ohne Schaden, ob er das ſchweren thar auf den Heiligen, daß er es in Nothwer thete, und ihm anders nicht ſteuren kunte. Ex *libro 3. art. 48.* Wer des andern Vieh tödtet, alſo daß mans doch eſſen mag, mit Willen oder Unwiſſen, der muß es gelten mit ſeinem geſatzten Wehrgeld. Lehmet er es aber, er gilt es mit ſeinem halben Wehrgeld ohne Buß. Darzu behelt jener ſein Vieh auch, der es vor was. Wer aber tödtet oder lehmet an einen Fuß ein Viehe gerne, oder ohne Noth, daß man es nicht eſſen mag, er ſoll es gelten mit vollem Wehrgeld, und auch mit Buß. Lehmet er es aber an einem Aug, er gilt es mit dem halben Theil. Bleibet aber ein

Viehe

Viehe todt oder lahm von eines Mannes Schuld und ohn ſeinen Willen, und thut er ſeinen Eyd darzu, er bleibt es ohne Buß, als hiervor geredt iſt. Lehmet aber ein Mann einen Hund und ſchlegt ihn zu todt, ſo er ihn beiſſen will, oder ſein Viehe auf der Straſſen, oder auf dem Felde, er bleibt es ohne Wandel, gewehret er es auf den Heiligen, daß er ihm anders nicht geſteuren kundte. *Art. 49.* Welch Hund zu Felde gehet, den ſoll man an Banden halten, durch daß er niemand ſchade. Thut er aber Schaden, den ſoll der gelten, dem der Hund folget zu Felde, oder ſein Herr, ob er ſelber, der ihn führet, des nicht gelten mag.

§. XLI. Jam quemadmodum aliunde conſtat, & expreſſe dicitur in Schwaben-Spiegel Landr. *cap. 393.* quod Jus Svevicum & Saxonicum non differant niſi in materia ſuccedendi ab inteſtato, & in proceſſu ac modo ſententias dandi, quia videlicet utrumque collectum eſt ex moribus populi Germanici; ita apparebit etiam cuilibet, qui conferet excerpta Juris & Svevici & Saxonici hactenus recenſita, quod unum jus conveniat cum altero in eandem ſententiam in doctrina de damno dato reſarciendo, & quod unum facile ex altero declarari, aut ampliari, aut limitari poſſit. Simul vero patebit, quod Germani in actione de damno dato reſarciendo nunquam reſpexerint ad formam Legis Aquiliæ, ut pœnæ loco aliquid repetierint, multo minus ut eſſentiale illud Legis Aquiliæ quanti res retro plurimi fuerit, obſervaverint. Sed regulariter data fuit actio de damno dato ad ſimplicem reparationem damni. Vide excerpta ex Jure Svevico *c. 233. 234.* Ex Jure Saxonico *l. 2. art. 38. 39.* Quodſi tamen talia facta ſint, quæ plerumque cum dolo malo fiunt, tunc præter damni reſtitutionem ſolvere etiam debet damnum dans emendam Domino, niſi pecus interfectum comedi poſſit, tunc enim ſaltem pretium ſolvit, ſed Dominus pecudis interfectæ illam retinet. Quodſi dubium ſit, utrum data opera damnum datum ſit, tum reus cogitur ſe purgare juramento

Oſtenditur actionem de damno dato reparando ſecundum utrumque ſpeculum eſſe rei perſecutoriam.

Digitized by Google

& tum liberatur ab emenda. Vide reliquos articulos §. *39.* *& 40.* excerptos. Igitur ut paucis totam rem exprimam. Culpa damnum dantis non coërcetur pœna: Dolus coërcetur quidem, ſed pœna certa ac determinata, non incerta, uti in L. Aquilia.

Quamvis diſſentiat Dn. Schilterus.

§. XLII. Unde facile patet, quid ſentiendum ſit de Philoſophia celeberr. SCHILTERI *d. Exercit. XIX.* §. *59. Atque adeo videtur*, inquit, *actionem damni ſola culpa ſeu negligentia dati perſecutoriam, non eſſe pœnalem jure noſtro: quippe cum nec pœna debeatur, nec quanti maximi valuerit.* Zobel. diff. I. C. & S. p. IV. diff. IX. & X. Schneidew. J. h. t. §. penult. fin. Struv. h. t. th. 25. *Ita & ſentit* a Leuwen Cenſ. for. lib. V. c. 21. §. 16. *Verum cum non inſpiciendum ſit, quid tandem in ſententiam venire poſſit, ſed quid in libellum: porro cum juramentum requiratur, quo culpa a dolo & proæreſi purgetur,* d. art. 48. *adeoque cum dolus a culpa abeſſe non præſumatur, ſed juramento demum dolus a culpa ſeparetur: igitur regulariter præter damni æſtimationem, etiam emenda ſeu pœna læſo debita peti poteſt, atque ita pœnalem eam eſſe etiam noſtro jure recte aſſeritur, neque adverſus heredes competere.* Carpz. 4. 12. def. 9. H. Piſtor. p. 1. qv. 27. Richter dec. 55. 19.

Cui reſpondetur.

§. XLIII. Scilicet, uti de illa quæſtione, an actio de damno dato moribus Germanorum in heredes tranſeat, infra ſuo loco videbimus, ita ſunt, quæ in hac diſputatione Schilteri notam merentur, qua evincere vult, actionem de damno dato pœnalem eſſe. Eſto, quod in natura actionis determinanda non tam videndum ſit, quid in ſententiam veniat, quam quid in libellum, dicta tamen a nobis §. *41.* ſatis oſtendunt, in actione de damno dato regulariter peti ſaltem reſtitutionem damni. Fallitur vero Schilterus, dum putat, *regulariter* præter damni æſtimationem etiam pœnam peti poſſe læſo debitam: Fallitur, dum putat, quod per *d. art. 48. libr. 3.* Landr. *regulariter* requiratur juramentum,

quo

Digitized by Google

quo culpa a dolo & proæreſi purgetur; Fallitur, dum putat, quod *regulariter* non præſumatur dolus a culpa abeſſe, ſed quod juramento demum dolus a culpa ſeparetur. Nam ut *d.* §. *41.* dictum, citatus artic. 48. continet exceptionem a regula non regulam ipſam. Intuitu igitur exceptionis actio de damno dato apud Germanos erat partim rei perſecutoria, partim pœnalis. Sed quicquid tamen in actione pœnale erat, id toto cœlo differt ab omnibus actionibus pœnalibus Romanorum, ut latius oſtendit DN. PRÆSES *in Diſſert. de Uſu actionum pœnalium in foris Germaniæ integro cap. 2.*

Moribus Germaniæ hodiernis petitur ſaltem ſimplex damni æſtimatio.

§. XLIV. Videamus nunc mores hodiernos Germaniæ. Licebit autem hos ſiſtere verbis ILLUSTR. ORDINARII NOSTRI *in Uſu mod. Pand. ad tit. L. Aquil.* §. *2. Quod uſum fori attinet, communiter a Dd. approbata eſt ſententia, hodie damnum non amplius æſtimari ſecundum bonitatem, in qua res antea fuit, ſed ſecundum ſtatum præſentem, in quo fuit tempore damni dati, ut hinc qui equum claudum occiderit, qui ante paucas ſeptimanas pretioſiſſimus fuit, non niſi leve hoc pretium, quo claudus ille equus vendi poſſit, refundere teneatur. Grœnwegen* de LL. abrog. ad §. 15. Inſt. h. t. *Cyprian. Regner.* Cenſura Belgic. ad L. 2. pr. h. t. *Anthon. Matth.* ad lib. 47. ff. tit. 3. c. 3. n. 4. *Struv.* h. t. th. 25. *Schneidewin.* ad §. 13. Inſt. h. t. *Brunnem.* ad L. 27. n. 7. h. t. *Gieſebert.* Juſtinian. Harm. h. t. n. 53. *ubi hos mores univerſales dicit.*

Unde actio legis Aquiliæ exulat, niſi in ſpecie ſit recepta, ut Jure Boruſſico.

§. XLV. Digna quoque ſunt, quæ huc integre apponantur verba ſequentis §. *3. Cum itaque Germani quondam ſola damni præſentis reparatione fuerint contenti; hoc tantum quoad praxin remanet dubium, an recepto jure Romano a ſimplicitate priſtina in æſtimando damno diſceſſerint, & diverſam ejus conſiderationem ad ductum legis Aquiliæ receperint? Aſſerere hoc non auſim, cum recepto Jure Romano, priſtinæ Germanorum conſuetudines non penitus ſublatæ, ut hinc exiſtimem, in quo loco doceri non poteſt, L. Aquiliam hoc intuitu ſpeciatim probatam eſſe, ibi damnum retro*

æſtimandum non eſſe. Locum autem, ubi L. Aquiliæ diſtincta æſtimatio in ſpecie approbata, nobis exhibet Boruſſia Electoralis, ubi libro 6. tit. 10. artic. 1. §. 5. *in cautum deprehenditur:* So jemand ein vierfüßig oder ander Thier zur Ungebühr umgebracht: oder ſonſt, auſſer dieſer Fälle ungebührlicher Weiſe Schaden gethan, als ſo einer dem andern etwas verbrandt, zerbrochen, zerriſſen ꝛc. da mag der Beſchädigte dieſe Klage Legis Aquiliæ anſtellen und darinnen bitten, daß er, der Thäter, das Viehe bezahle, aufs theuerſte, als es das nechſte Jahr, andere Sachen aber (wenn nehmlich einem ſonſten an einem Dinge Schaden geſchehen) als ſolche binnen den nechſten 30. Tagen hätten gelten können ꝛc. *ex quibus tamen verbis patet, in eo recedi a Jure civili, quod non diſtinguat, an animal quadrupes, an bipes læſum; & an quadrupes gregatim paſcatur vel non, ſed omnia animalia eodem loco habeantur.*

Inconvenientia & confuſio Juris Boruſſici.

§. XLVI. Et illud addo: Compilatorem Juris Boruſſici non diſtinxiſſe ſecundum diſpoſitionem Legis Aquiliæ, utrum quadrupes, quæ gregatim paſcitur, fuerit occiſa, vel aliud damnum ei datum, ſed omnia damna animalibus illata in primum caput Legis Aquiliæ transtuliſſe; quod ſatis oſtendit, in quantas inconvenientias illi incidere ſoleant, qui id agunt, ut e foris Germaniæ Mores Germanorum eliminent, & Jus Civile introducant. Haud dubie Compilator Juris Boruſſici eam intentionem habuit, ut actionem Legis Aquiliæ invita quamvis Jurisprudentia Germanica introduceret in Boruſſici *Confer.* §. *ult.* Quantam vero crucem fixerit Pragmaticis ſuis vel ex ignorantia Juris Romani, vel ex intempeſtiva ejus emendatione, vel potius capitis tertii Legis Aquiliæ cum primo confuſione, hactenus dicta ſatis oſtendunt.

Unde nec ullus Actionis Aquiliæ, nec

§. XLVII. Jam in viam. Cum igitur mores totius fere Germaniæ petant ſaltem veram damni æſtimationem, ſua ſponte fluit, quod actio de damno dato recepta in foris

Ger-

Germaniæ nequaquam ſit actio Legis Aquiliæ, quamvis paſſim apte communiter Syſtematici pariter & Pragmatici loquantur, tum dicunt, hodie actionem Legis Aquiliæ in foris Germaniæ non dari ad petitionem ejus quanti res retro plurimi fuerit, quo nihil inconvenientius dici poterat. Actio ſiquidem Legis Aquiliæ, quæ non petit, quanti res retro fuerit non eſt Legis Aquiliæ actio, cum in eo conſtiterit formalis ratio iſtius actionis. Fluit etiam ex dictis, quod plane nullus ſit Legis Aquiliæ Uſus in foris Germaniæ. *Legis Aquiliæ Uſus in foris Germaniæ.*

§. XLVIII. Poſſemus ad alia transſire, niſi urgeret Dn. Schilterus, qui *d. l. th. 56. ſeq.* in eo totus eſt, ut oſtendat, non nullum plane hodie eſſe actionis Legis Aquiliæ uſum. Age videamus. Ita vero incipit *d. th. 59. Ex hactenus tractatis vidimus, quam una juſti ac æqui regula in omnium quidem Gentium legibus cernatur, ſed ea tamen in aliis aucta, in aliis minuta, prout legislatori cuique Reip. ſuæ ſuisque civibus ac eorum moribus commodius aptiusque viſum. Liquet etiam, diverſam hic in multis eſſe Legislationem Romanam a Teutonica, ut non immerito dubitari poſſit, an in foro noſtro uſus ſit aliquis Legis Aquiliæ & inde competentis actionis directæ, aut ejus ſubſidiariarum utilis & in factum. Certe non male monuit Brunnemannum.* ad L. 7. n. 11. ad L. 9. n. 1. ad L. 11. n. 14. D. h. t. *differentiam iſtam actionis directæ, utilis & in factum in foro non attendi: nam in judiciis indiſtincte eum, qui mortis (cujusvis damni) cauſam per culpam præbuit, ex L. Aquilia teneri & ſupervacuum eſſe adeo (quod in cathedra fit & Scholis) in diſcrimine actionis L. Aquiliæ directæ & utilis & in factum operam inſumere & ſollicite diſtingvere. Recte omnino, quia iſtæ differentiæ fere ex unici juris Formularii Flaviani apicibus profluxerunt.* Hactenus bene. Hunc vero ſequitur, quod emendationem meretur. *Diſſentit tamen iterum Dn. Schilterus.*

§. XLIX. Ita enim pergit. *th. 60. Sed nec quod in ipſa directa actione, cæterisque ſubſidiariis, in petitionem venit, nempe quanti maximi res eo anno vel menſe fuerit, id in actione noſtri* *Cui reſpondetur.*

Digitized by Google

ſori petitur, aut a judice pronunciatur, ſed ad reparationem damni tantum agitur, quanti eo tempore res valuit, quo damnum datum eſt: & ſimul ad pœnam ſeu emendam, niſi dolus juramento purgatus per d. art. 48. lib. 3. & Dd. noſtrates. Quicquid tamen ſit, etſi actio de damno culpa dato in noſtro foro frequentata non ſit ipſa illa actio L. Aquiliæ, propterea tamen non eſt nullus L. Aquiliæ uſus in foro noſtro dicendus, aut actionis Aquiliæ. Communiter indicium eſſe ſolet, iſtud: *quicquid tamen ſit*, quod rationes dubitandi ſint fortiores, quam rationes decidendi, cum illa formula nihil fere denotet, quam beneplacitum nulla ratione ſubnixum. Sed non deeſt ratio Dn. Schiltero, qua formulam iſtam demonſtrare ſatagit. Quare neceſſe eſt, ut & hanc audiamus.

Et oſtenditur differentia inter uſum Legis Aquiliæ & uſum legum quarundam ſub titulo de Lege Aquilia.

§. L. Explicat eam *th. 61. Quæ ut clarius dicam, notandum eſt, quod actio, quæ in foro Germanico, & Saxonico imprimis perſequimur damni injuria dati reparationem, participet naturam genericam ſeu communem actionis L. Aquiliæ, quam hæc ex æquitate naturali & moribus Gentium obtinuit: naturam porro propriam Juris Quiritum vix habet, ſed ſuam ſibi propriam, ex cujusque nationis juribus ac moribus.* Rem in ſummam contrahamus. Secundum mentem viri celeberrimi eſt aliquis in foris Germaniæ Uſus Legis Aquiliæ aut actionis Aquiliæ, quia natura ejus generica apud Germanos eſt in uſu. Quid reſpondebimus? nil aliud, quam quod a natura generica ad denominationem ſpeciei non valeat conſequentia. Eſſentia ſpecierum ſine differentia ſpecifica nulla eſt. Alias enim ſequeretur v. g. Gallinam eſſe Elephantem, quia natura generica Elephanti, quod animal ſit, competit Gallinæ. Scilicet non confundendæ ſunt quæſtiones diſtinctæ. Aliud enim eſt quærere an Lex Aquilia habeat uſum moribus noſtris, quam recte negavimus ſimpliciter. Aliud eſt: An Leges ſub titulo de L. Aquilia comprehenſæ uſum habeant? Ubi diſtinguendum. Vel enim illæ repetunt generales doctrinas Juris Gentium, apud omnes populos, & ſic etiam

apud

apud Germanos uſum habent; vel pertinent in ſpecie ad Legem Aquiliam qua talem. Et hæ nullum rurſus uſum habent.

§. LI. Antequam pergamus ulterius, e re erit, diſpicere, unde mores hodierni ortum ducant. Sane conveniunt quidem cum Jure Germanico medio, i. e. cum ſpeculo Svevico & Saxonico in eo, quod & ſecundum illud notaverimus, regulariter actionem de damno competiiſſe ad ſimplicem rei reſtitutionem. In eo tamen differt actio hodierni fori ab actione illa ſpeculi Svevici & Saxonici, quod hodierna ſemper detur ad rei perſecutionem, illa vero data fuerit quandoque ſimul ad emendam ſeu pœnam Germanicam. Igitur maxime quæritur, unde hæc mutatio Juris Germanici ortum ducat? Et nulla alia videtur dari poſſe convenientior ratio, quam ſi dixerimus, eam ortam eſſe ex Jure Canonico. Cum enim ſupra monſtraverimus, Jus Canonicum in omni damno ex proæreſi dato, non concedere privatis læſis actionem pœnalem, & præterea initio notata docuerint, convenire hac parte Canonicum Jus cum æquitate naturali & moribus Gentium, ſane in tantum ſe commendavit hac parte Jus Canonicum Germanis ut duritiem morum propriorum ad æquitatem Juris Canonici reducerent: Quo facto plane non fuerunt apti, ut introducto, integro ſeculo poſt Jus Canonicum, Jure Juſtinianeo in Academias Germaniæ, relicta hac parte Juris Canonici æquitate, recipere potuerint irregularem illam & omni ratione deſtitutam duritiem Legis Aquiliæ.

Actionem hodiernam de damno dato ortam eſſe ex Jure Canonico & ſequi doctrinam Juris Gentium.

§. LII. His vero notatis facile intelligitur, quam recte & optime ſatisfecerit Sichardi invectivæ contra mores hodiernos Dn. Schilterus *d. l. th. 65. Igitur nollem*, ait, *excidiſſe JCtorum noſtratium maximo, quod ad eandem rubric.* n. 13. 14. *inculcans practicam libelli L. Aquiliæ, ait:* Illis ſic præmiſſis, accedendum eſt ad practicam, & præſertim ad confectionem

Unde ſatisfit invectivæ Sichardi contra praxin hodiernam verbis Dn. Schilteri.

Digitized by Google

nem libelli in actione Legis Aquiliæ. Et cum in omnibus judiciis nulla actio ſit frequentior illa, diligenter perpendenda eſt forma, non quidem talis, quam hodie indocti Advocati uſurpant, & indoctiores judices ſequuntur, ſed quæ ſtabiliatur legibus & juribus, qualem ego nullam unquam vidi in practica. *Bona verba quæſo, nec Advocatos, nec judices credo indoctos, qui uſum ſequuntur fori, quem licet non Leges Romanæ ſuppeditent, ſuppeditant tamen patriæ Leges atque Mores ratione civili haud minus deſtituti. Sed pergit:* Ex quibus jam liquet, quantum erretur hodie in practica: ubi in damnis datis, & in iisdem ſarciendis nunquam fit mentio neque præteriti anni, neque triginta dierum. *Enim vero error haud eſt, quod Legi alicui Romanæ non eſt conforme, conforme tamen eſt, & ipſi Romano veteri, & naturali æquitati & moribus patriis.* Adde & Juri Canonico, cujus in Germania quoad jura privatorum ſemper fuit magna autoritas.

Reſpondetur Dn. Schiltero, triplicem actionem hodie de damno dato conſtituendi.

§. LIII. Simul tamen ea, quæ de origine Morum hodiernorum diximus, oſtendunt, quod non bene cohæreant ea, quæ jam ſequuntur apud Dn. Schilterum. Ita enim pergit *th. 66. Denique, ut quod res eſt, dicam: Tres ſunt modi, quibus ex cauſa damni injuria dati agi in foro hodierno poterit, quos nec confundere invicem, nec ſi alio præ alio uti quis voluerit, propterea imperitiæ accuſandus, quia omnes ſunt jure ac moribus probati.* Nos vero non niſi unum modum agnoſcimus, ideo jure probatum, quia moribus probatus eſt, quem videlicet primo loco memorat Dn. Schilter in verbis ſequentibus: *Primus atque communiſſimus* (nos addimus: & unicus) *agendi modus atque juri naturali ac Gentium proxime accedens, eſt, a quo non niſi reparationem damni perſequimur, quæ fit reſtitutione vel æquivalentis aut pretii, ſive alicujus pœnæ perſecutione. Hæc actionis ſpecies eſt moribus Teutonicis tum priſcis tum hodiernis tritiſſima, & perperam a Sichardo reprehenſa. Nam quod & Canoniſtas* in c. ſi bos 3. de injur. *errare dicit, putantes in libello de bove cornupeta poſſe concludi, ut æque bonus bos mihi detur, ipſe errat,*

Primam ſaltem hactenus recenſitam in uſu eſſe.

errat, & diverſa remedia confundit. Receperant & mores Teutonici atque Gothici, & Canones Eccleſiaſtici hoc reparationis genus ex divino Hebræorum Jure. Exod. XXI. Si ſciebat, quod bos cornupeta eſſet, ab heri & nudius tertius, & non cuſtodivit eum Dominus ſuus, reddet bovem pro bove, & cadaver integrum accipiet. *Cæterum hujus actionis ad ſimplicem damni reſtitutionem directæ formulam, in noſtro foro uſitatam exhibet D. Svendendörff. Act. For. c. 3. m. 27. S. 1.* Daß Beklagter den angegebenen Schaden zu erſetzen ꝛc. *Atque hæc neque ex L. Aquilia, neque pœnalis.* Hæc initio acceptamus, quod hæc actio neque ex L. Aquilia, neque pœnalis ſit, & quod adeo ipſe Dn. Schilterus larvam hanc iſti actioni detraxerit. Deinde cum ipſe Dn. Svendendörfferus ſolam hanc actionem memoraverit in tractatu ſuo de actionibus; magnum argumentum accedit noſtræ ſententiæ, quod formula L. Aquiliæ in praxi plane non ſit recepta, partim quod Vir JCtiſſimus ſit praxeos Germanicæ gnariſſimus, partim quod nihilominus alias Juris Romani amantiſſimus, ut vel ex ejus notis ad Eckoldum lib. 40. Pandect. patet.

Notatur obiter formula actionis, quam exhibet Schacherus.

§. LIV. Unde, quod obiter immiſcere liceat, merito vapulat formula illa agendi, quæ in Schacheri Collegio Practico *ad tit. de Aquilia* legitur, quam propterea etiam absque ulteriore nota apponemus, ſaltem ut appareat, qualem confuſionem, etiam in praxi, ſoleat introducere incautum ſtudium Juris Juſtinianei. P. P. N. Saget, daß, als N. Auguſti jüngſthin auf öffentlicher Straſſen vor N. Hauſe fürüber gegangen, N. mit N. bey der Bierzeche in Hader und Streit gerathen, und einer auf den andern mit Steinen loß geworffen, Kläger von N. mit einem groſſen Steine an Kopff geworffen, und dermaſſen beſchädiget worden, daß er nicht allein auf Balbier, Medicum und Apothecken, auch ſonſten vermöge beyliegender Specification groſſe Unkoſten aufwenden, ſondern auch interim an ſeiner Nahrung ſo viel verſäumen

müſſen, daß er lieber 200. Reichsthaler entrathen, als den Abgang an ſeiner Nahrung erdulden wollen. Wenn denn in Rechten wohl verſehen, daß, wenn einer aus Verwahrloſung, Unverſtand, Verſehen, und durch ſeine Schuld, dem andern an ſeinem Leibe, Haab und Gütern Schaden zugefüget, und umb etwas an ſeinem Vermögen bringet, oder an ſeiner Nahrung verkürtzet, derſelbe nach Gelegenheit der Sachen, dem andern den Schaden, nach dem **Werth, als es binnen Jahres Friſt, oder Monats-Zeit** geweſen, erſetzen und erſtatten ſolle; Als fordert Kläger ꝛc. Bittet ꝛc. daß nicht allein Beklagter der begangenen Mißhandlung und Verbrechung halber (ob ſie gleich aus Unvorſichtigkeit und ohne böſen Vorſatz und Willen geſchehen mag) extra ordinem arbitrio judicis billig zu beſtraffen; ſondern auch Klägern alle Nutzbarkeiten, ſo er die Zeit über, als er an ſeiner Nahrung verhindert, entbehren müſſen, und die **verderbte Sachen, was ſie innerhalb 30. Tagen** am meiſten gegolten, neben dem Artzt-Lohn, Apothecker- und andern Unkoſten in der Cur, auch in Gerichten, und ſonſten aufgegangen, (ſo hiermit auf 500. Reichsthaler geſchätzet werden, mit Erbiethen, deshalben einen Eyd abzulegen) zu erſtatten ſchuldig ſey.

Secundam vero ex Jure Germanico medio non eſſe in uſu, ipſo fatente Dn. Schilt.

§. LV. Sed redeamus ad Schilterum noſtrum. Is ita pergit *th. 67. Præter hanc communiſſimam competit etiam actio ex Lege Saxonica* lib. 3. art. 48. *pœnalis, cum injuriarum actione cumulata, deferens juramentum reo, quo a dolo & pœna liberetur. De hac antea diximus, quæ tamen ipſa in foro minus frequens opinor.* Nos addimus, hanc actionem non ſolum eſſe minus frequentem in foro, ſed plane inviſibilem, adeoque non poſſe referri in claſſem earum actionum, quæ jure & moribus approbatæ ſunt. Dum enim hæc actio a temporibus Sichardi ad noſtra tempora usque moribus ſit improbata, & non uſu tam diuturno eſſe defierit, pertinet utique ad actiones emortuas.

§. LVI.

§. LVI. Reſtat tertia. De hac ita Dn. Schilterus *d. th.* 67. *Denique tertio prodita eſt ex Lege Aquilia actio pœnalis, & cum Jure Romano in Imperio Teutonico recepta. Quæ etſi non ita trita eſt in fori uſu, de qua re querebatur Sichardus, & inde Schneidewinus nec Oldendorpius practicam ejus formulam exhibent: non dubito tamen ejus uſum eſſe poſſe, ſecundum ea fundamenta, quæ in primordio hujus ad Pandectas commentationis jecimus, & quemadmodum Sichardus ejus formulam commendat.* Etenim negamus, quod actio L. Aquiliæ ſit cum Jure Romano in Imperio Teutonico recepta, quamcunque etiam hypotheſin de intellectu Receſſuum Imperii, de jure Cæſareo communi loquentium ſequaris. Eſt enim Jus Romanum ſaltem receptum ut ſubſidiarium, i. e. deficientibus actionibus Juris Germanici. Dum igitur Germani jam habent actionem de damno dato, quæ plane adverſa eſt actioni L. Aquiliæ, & hactenus etiam nemo in foro actionem L. Aquiliæ uſurpavit, certum eſt, eam cum Jure Romano non eſſe receptam. Quod vero attinet fundamenta in primordio commentationis ad Pandectas jacta, ea jam deſtruxit Culpiſius, ut adeo non opus ſit, eadem hic prolixe examinare. *Neque tertiam ex L. Aquilia.*

§. LVII. Ulterius vero ſequitur ex hactenus dictis, ſi actio forenſis hodierna, de damno dato, non eſt actio Legis Aquiliæ, ſed ea actio, quam Jus Gentium hac parte commendat & æquitas Canonica; ſimul ceſſant hodie in foro omnes illæ concluſiones ſuperius notatæ, in quibus Lex Aquilia receſſit ab æquitate Juris Gentium. Connexio per ſe patet. Antecedens vero hactenus probavimus. Ergo nihil amplius reſtat, quam ut ipſas illas concluſiones paulo diſtinctius conſideremus. *Unde ſequitur, omnes concluſiones Legis Aquiliæ hodie in praxi ceſſare.*

§. LVIII. Potiſſimum huc pertinet tranſitio ad heredes. Jure Gentium actionem de damno dato ad heredes tranſire docuimus §. 13. Actionem Legis Aquiliæ tanquam pœnalem *Quod intelligitur hodiernam actio-*

 ad

Digitized by Google

nem non dari contra heredes.

ad heredes non tranſire dictum §. 24. Jure Canonico introductam eſſe iterum æquitatem Juris Gentium notavimus §. 32. ſ. Jure Svevico vel Saxonico ſi res definiri deberet, forte multa adhuc diſputari poſſent ob textum in Jure Provinciali ſpeculi Svevici art. 257. Diebheit, noch Spiel, noch Wucher iſt niemand ſchuldig zu gelten für den andern, oder ob er wieder kein Gericht gethan hat, iſt aber eine Schulde auf ihn gezeuget, ohne die ich ietzo habe genennet, die erzugen Schuld ſollen die Erben büſſen, dem Kläger und dem Richter. Iſt aber keine Schuld auf den todten Mann erzeuget, ſo büſſen das die Erben nicht; Hat er diß Gut verzehret mit den Erben, ſie ſollen es gelten gar. Aber haben ſie das nicht genoſſen, und iſt auf den Todten nicht gezeuget, ſie gelten ſeyn nicht. Hic igitur demum regulariter poſt probationem, aut condemnationem actiones pœnales & damni perſecutoriæ, in heredes tranſeunt, & ne quidem poſt probationem actiones de furto, alea, vel uſura. *Vid. Dn. Præſid. diſſert. de Uſu act. pœn. in for. Germ. c. 2. §. 16.* Quid ergo de moribus hodiernis hoc reſpectu dicendum? Reſpondendum, cum actio hodierna de damno dato ſit actio fundata in æquitate Canonica & Jure Gentium: ideo actio hodierna dabitur contra heredes.

Quod confirmatur autoritate Mevii.

§. LIX. Cum tamen lectores magis reſpicere ſoleant autoritates quam rationes, en aſſenſum DAVIDIS MEVII, JCti & juris ſcientia, & longa rerum in foro geſtarum experientia vere magni. *Hic Part. V. deciſ. 39. Actiones ex contractu ad heredes tranſire tam actione quam paſſione certa jure traditum eſt. Quoad illas autem, quæ ex delicto deſcendunt alia communis juris diſpoſitio eſt, non niſi duobus caſibus, ſi lis cum defuncto conteſtata ſit, & ſi ex delicto quid ad eum pervenerit, tenentur. Inde occaſio circa actiones diſquirendi, qualis ſit & unde, an ex delicto, an ex contractu? cum autem id incideret, ubi de damno alteri illato agebatur, inanem eſſe eam diſputationem reputatum eſt, quod æquum eſſet, heredem damnum a de-*

functo

Digitized by Google

functo ex non obſervato contractu illatum ſine diſcrimine, delicto nec ne damnum datum fuerit, quatenus vires patrimonii patiuntur, reſarciri, non attento, an lis cum defuncto conteſtata non ſit, aut ad heredem ex eo nihil pervenerit. Id conſideratum in cauſa Georg. Chriſtoph. Behren *liberorum contra viduam* Johann Horſtmanns, *die 14. Januarii Anno 1657.* Additque tum in notis: *De Jure Civili etſi aliquis ſecus ſentire poſſit, ex æquitate tamen Canonica quæ ad damnum alteri illatum naturalis eſt obligatio, ad heredes tranſitoria reddita eſt, ut teneatur quatenus ex bonis capiunt* Faber in §. pœnales Inſtit. de perpet. & tempor. action. *ubi ait*, eam ſententiam ut æquam in foro Luccor. 4. eſſe ſervandam, *ſicut in Parlamentis Galliæ ſervari docet Papon.* in arreſt. lib. 24. tit. 11. arreſt. 3. & fin. *eam præferendam eſſe ait Covarruv.* lib. 3. var. reſolut. c. 3.

Et reſpondetur diſſentientibus.

§. LX. Contra DN. SCHOEPFERUS *in Synopſi Juris privati ad h. t. n. 11. Ex æquitate Canonica heredes hodie obligatos eſſe vult Mev.* P. 5. Dec. 39. n. ult. *Brunnem.* ad l. 23. n. 13. *Schilt.* Ex. 19. th. 37. *Jus Rom. tamen in praxi magis eſt receptum. Brunnem.* ad l. 1. ff. de Privat. delict. num. 6. in fin. *Engelbr.* ad ff. h. th. 10. *Carpz.* P. 4. C. 12. 9. Sed non video, cur id, quod Carpzovius cum alio Doctore ſtatuit, magis dici debeat eſſe in Praxi receptum, quam opinio Mevii & Schilteri. (Nam Brunnemannus Brunnemanno non debet opponi.) Sane uti Schilteri autoritas in foris variorum territoriorum Europæ fundata eſt, ita & Mevii hodie in judiciis etiam Saxonicis major eſt autoritas quam Carpzovii. Et jure major eſt, quia qui contrariam ſententiam tenent, adducunt textus de actione Legis Aquiliæ. Vide præter reliquos HARTM. PISTOR. *l. 1. q. 27.* At actio hodierna non eſt actio Legis Aquiliæ. Ergo & in hac quæſtione, ſi larva detracta fuerit, ſententia Mevii irrefutabilis eſt. Quodſi tamen ulterius autoritatem deſideres, ſit unus inſtar omnium ILLUSTR. DN. ORDINARIUS NOSTER *in Uſu modern. ad tit. de L. Aquil.* §. 5.

Digitized by Google

Porro hodierna actione unum ex pluribus ſolvente, reliquos liberari.

§. LXI. Porro Jure Gentium ſi plures damnum dediſſent, unius ſolutione liberabantur reliqui, *ſupra §. 14.* Lex Aquilia contrarium ſtatuit §. *25.* quia hæc actio eſt pœnalis. Jus Canonicum & Germanicum medium hac de quæſtione nihil. Quid ergo moribus? ſufficit, quod mores ſequantur Jus Gentium; Ergo larva Legis Aquiliæ actioni hodiernæ detracta, & hæc quæſtio dubio caret. Conſentit DN. SCHILTERUS *d. l. §. 70. Quando actione ex moribus ad meram damni reparationem, pœna culpæ non comprehenditur, agimus, oppido patet, ſingulos damnum dantes conjunctim non in ſolidum teneri, cum nulla ſit pœna, ſed reſtitutione facta ſemel ab uno, idem a cæteris pluries peti nequit; veluti ſi plurium culpa incendium ortum fuerit, damnumque vicino datum & ab uno reſarcitum, cæteri liberantur.* Etſi vero aliter pronunciandum eſſe ſubjungat idem ibidem, ſi actio pœnalis ex moribus inſtituta ſit, quia tamen hanc actionem pœnalem ſupra §. *41. 43. & 45.* rejecimus, inde & hæc concluſio corruit.

Sed & actionem hodiernam dari adverſus furioſos & infantes.

§. LXII. Reſtat illa quæſtio, quam ſupra §. *9.* tractavimus, quod ſcilicet Jure Gentium actio de damno dato reparando, detur etiam contra furioſum & infantem, damnum dantes. Etſi vero & hic Lege Aquilia aliter cautum fuerit, quia tamen §. *26. 27.* oſtendimus, hujus deciſionis nullam aliam rationem dari poſſe, quam quod actio L. Aquiliæ ſit pœnalis, hodierna vero actio, larva Legis Aquiliæ ei detracta, talis amplius non ſit, igitur & illud neceſſario ſequitur, quod actio hodierna dari debeat adverſus furioſum & infantem. Miror equidem, quod Doctores, ubi de moribus hodiernis loquuntur, hanc quæſtionem intactam reliquerint, commode tamen, illuſtrationis gratia ad ſententiam noſtram corroborandam licebit afferre rationem DN. SCHILTERI quam habet *d. l. th. 73.* ad decidendam quæſtionem de tranſitu in heredes: *Illa obligationis ſpecies*, inquit, *quæ eſt ad damni reparationem non perſonam reſpicit delinquentis, ſed rem ac bona, ex quibus reparatio eſt facienda; ſicut igitur damnum dans obli-*

gatus

Digitized by Google

gatus ad damnum reſarciendum eſt ex bonis ſuis, ita damnum paſſus habet jus & actionem ad rem oblatam vel corruptam reparandam ex bonis lædentis.

Et pœnam inficiationis non eſſe uſu receptam.

§. LXIII. Neque tamen plane omittenda eſt diſpectio de pœna inficiationis, quam ſupra ex L. Aquilia adduximus. *§. 30.* Hic vero iterum nobis ocia fecit DN. SCHILTERUS *d. l. th. 64. Cæterum quamvis non notandum Jure Romano, ſed etiam Salico Francorum inficiationis pœna erat duplum, atque ad id eventualiter in actionis hujus formula ſemper agi poterat, veluti etiam Oldend. petitionem hujus actionis ſubalternatam inſtitui poſſe tradit, §. 7. h. t. Uſus tamen fori noſtri nec illud obſervavit, teſtante & reprehendente Sichardo in Rubr. C. h. t. fin.* Quod vero nove, vere tamen, in libelli fine adjecimus, negantem eſſe condemnandum ad duplum, id hodie nunquam fit. Eſt tamen utile. Usque adeo eſt fortis illa adjectio, ut Judex teneatur ſecundum illam pronunciare: & niſi faciat, poteſt ab eo appellari. *Sed quid ſi nec in appellationis judicio id ſit in uſu? Certe fruſtra invehimus in cathedra in uſum forenſem, quem nec poſſumus tollere, deſtituti vel Legislatoria vel Prætoria autoritate, nec forte ſatis refutare; quum uſus fori noſtri propterea non ſit temerarius aut iniquus quod non peræque conformis eſt Juri Romano; quin imo æquitati naturæ longe propinquior in multis articulis deprehenditur.*

Quamvis Jus Prutenicum & hic receperit Jus Romanum.

§. LXIV. Nec obſtat Sanctio Prutenici juris *l. 6. t. 10. Art. 1. §. 5.* Es mag auch in dieſer Mißhandlung der zugefügten Schaden der Beklagte, ſo ſich zur That bekennet, einfach, der Leugnende aber wegen der begangenen Lügen, zweyfach vom Richterlichen Amt, ſo darum in ſpecie von Klägern angeruffen und gebeten, geſtrafft werden. Jam enim ſupra notavimus *§. 46.* Compilatorem hujus juris, etſi ſatis infeliciter, omnibus modis eo allaboraſſe, ut contra conſuetudinem Germaniæ in Boruſſiam introduceretur actio Legis Aquiliæ.

T A N T U M.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

Digitized by Google